

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: 12020051300380

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

连续犯研究

A Study on the Continuing Offence

柯 俊

指导教师姓名: 陈 立 教授

专业名称: 刑 法 学

论文提交日期: 2008 年 4 月

论文答辩日期: 2008 年 月

学位授予日期: 2008 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2008 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

连续犯是一种游离于一罪与数罪之间的犯罪形态,这种罪数不典型的特征,使得它在刑法学界引起了诸多争议,同时,这些争议又给它在实践中的适用带来了不少困难。鉴于此,本文拟对连续犯的立法沿革、概念和构成要件、性质和法律效果、与其它犯罪形态的区别及其存废等问题进行全面和系统的考察,并对其涉及到的一些争议性的问题展开探讨,阐述自己的一些看法。

本文的意义,一方面,旨在引起学者们对连续犯这一问题的研究兴趣,从而将连续犯的研究推向深入;另一方面,希望本文的讨论有助于解开连续犯在理论上的一些困惑及由这种困惑引起的司法实践中的混乱局面,进而对我国的刑法理论和实践有所裨益。

本文主要论点如下:否认“连续故意”的概念,数个过失行为不能成立连续犯;单独犯与共犯不成立连续犯;基本犯与转化犯不成立连续犯;鉴于连续犯的认定存在难以解决的问题及其在我国刑法中的尴尬处境,建议废除;废除之后的连续犯应当按同种数罪进行处理,实行并罚;对数额犯实行累加并罚,其它则按通常的方式实行并罚。

关键词: 连续犯; 构成要件; 存废

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

The continuing offence is a crime form between the single crime and several crimes, it is this character that gives rise to much controversy in the field of criminal law. At the same time, the theoretic controversy bring about many problems of judicial practice. So I will take an overall and systemic investigation on the continuing offence about its evolution、conception、constitutive factors、character、legal effects、differences from other crime forms and reserving or abolishing, and I will also discuss the controversy and put forward my views. I wish the discuss will arouse other scholars's interest in the study of continuing offence and conduce to solve these puzzling theoretic problems which have resulted in legislative confusion. My arguments are as follows: deny the conception of "continuing intention"; several negligence acts can't constitute a continuing offence; a crime individually and an accomplice can't constitute a continuing offence; a basic crime and a transformed crime can't constitute a continuing offence; suggest to abolish the continuing offense because of the difficulty of it's determination and the awkward situation in our criminal law. Once the continuing offence is abolished, it should be treated as several crimes :the measurement of penalty should be determined by the total amount of the several crimes when they are crimes of amount, otherwise they should be applied the normal Principle of Combined Punishment.

KEY WORDS: Continuing offense; Constitutive factors; Reserving or abolishing.

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录	
引 言.....	1
第一章 连续犯的历史与各国立法考察.....	2
第一节 连续犯的国外立法考察.....	2
第二节 连续犯的国内立法考察.....	4
第二章 连续犯的概念和构成要件.....	6
第一节 连续犯的概念.....	6
第二节 连续犯的构成要件.....	7
一、连续的同—犯罪故意.....	7
二、连续数个独立成罪的行为.....	10
三、触犯同一罪名.....	12
第三章 连续犯的性质与法律效果.....	16
第一节 连续犯的性质.....	16
第二节 连续犯的法律效果.....	16
一、连续犯的处罚.....	16
二、连续犯的追诉时效.....	17
三、连续犯的起诉与审判.....	18
四、跨新旧法的连续犯的法律适用.....	18
第四章 连续犯与相关犯罪形态的关系.....	21
第一节 连续犯与继续犯.....	21
第二节 连续犯与接续犯.....	22
第三节 连续犯与想象竞合犯.....	24
第四节 连续犯与牵连犯.....	24
第五节 连续犯与集合犯.....	25
第五章 连续犯的存废.....	27

第一节 连续犯的存废之争	27
一、主存派的观点.....	27
二、主废派的理由.....	28
第二节 我国应当废除连续犯的概念.....	30
一、连续犯的法律依据.....	31
二、连续犯的法律效果.....	31
第三节 连续犯废除后的选择	33
结束语.....	37
参考文献.....	38

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

Introduction	1
Chapter 1 The Legislation Review of the Continuing Offense	2
Subchapter 1 The Legislation Review of the Other Countries	2
Subchapter 2 The Legislation Review of Our Country	4
Chapter 2 The Conception and the Constitutive Factors of the Continuing Offense	6
Subchapter 1 The Conception of the Continuing Offense	6
Subchapter 2 The Constitutive Factors of the Continuing Offense	7
Section 1 The Same Continuing Criminal Intent	7
Section 2 Several Continuing Acts Which Independently Constitute A Crime	10
Section 3 The Same Accusation	12
Chapter 3 The Character and the Legal Effects of the Continuing Offense	16
Subchapter 1 the Character of the Continuing Offense	16
Subchapter 2 The Legal Effects of the Continuing Offense	16
Section 1 The Punishment of the Continuing Offense	16
Section 2 The Limitation of Prosecution of the Continuing Offense	17
Section 3 The Prosecution and Judgment of The Continuing Offense	18
Section 4 The Application of the Continuing Offense When It Happened Between the Old Law and the New Law	18
Chapter 4 The Differences Between the Continuing Offense and Other Crime Forms	21
Subchapter 1 The Differences Between the Continuing Offense and the Continuous Crime	21
Subchapter 2 The Differences Between the Continuing Offense and the Consecutive Offense	22

Subchapter 3 The Differences Between the Continuing Offense and the Imaginative Joiner of Offenses	24
Subchapter 4 The Differences Between the Continuing Offense . and the Implicated Offense	24
Subchapter 5 The Differences Between the Continuing Offense and the Collective Offense	25
Chapter 5 The Reserving or Abolishing of The Continuing Offense	27
Subchapter 1 The Argument of The Reserving or Abolishing	27
Section 1 The Reasons of Reserving.....	27
Section 2 The Reasons of Abolishing	28
Subchapter 2 We Should Abolish the Conception of the Continuing Offense	30
Section 1 The Legal Basis of the Continuing Offense	31
Section 2 The Legal Effects of the Continuing Offense	31
Subchapter 3 The Choice of Our Country after Abolishing the Conception of the Continuing Offense	33
The Ending Words.....	37
Bibliography	38

引 言

连续犯作为一种罪数形态，其不仅在实体法上影响着刑罚的裁量，在程序法上亦有着其独特的效果。然而，在大陆法系国家，尤其德国、日本，连续犯一直是一个富有争议性的概念，从其结构关系，到其认定标准，到适用范围，乃至其存在的正当性，无一不充斥着问题与争议。尽管德国、日本现行刑法已经没有连续犯的规定，但有关这些问题的争议一直都没有停止过。我国现行的连续犯本是从大陆法系国家引进来的一个概念，并为理论界和实务界普遍接受。然而，不知何故，这一概念长期受到我国大陆学者们的忽视，不仅类似德、日学界的争议没有产生，甚至有关连续犯的研究论文也只有屈指的几篇。^①只是近年随着台湾地区关于修订“刑法”（该草案 2005 年 2 月 2 日通过，2006 年 7 月 1 日实施）废除连续犯的讨论，我国内地的部分学者才开始关注连续犯的问题，但这种关注也仅限于连续犯的存废的讨论，真正就连续犯的本体展开的讨论可谓少之又少。

笔者认为，连续犯在我国是一个尚未展开的概念，对它的研究还有待深入，在对连续犯本身欠缺充分的研究并窥见其全貌之前，我们就冒然对它的存废下结论，不论其结论为何，终难使人信服，而且，这也不是对待问题的科学态度。鉴于此，本文拟从连续犯的历史和现状出发，对连续犯的概念、构成要件、法律效果等问题进行一个比较全面而系统的研究，并以此为基础，结合我国立法，讨论我国刑法中连续犯的去留问题。希望这种努力能够吸引更多的学者关注这个问题，并推动对这一问题研究的深入。

^① 笔者在中文期刊网全文数据库上搜索的结果显示，2005 年之前以连续犯为题的论文只有 5 篇。

第一章 连续犯的历史与各国立法考察

第一节 连续犯的国外立法考察

连续犯的概念源于中世纪的意大利法学，当时的意大利沿用的是罗马法并科主义的处罚原则，即行为人犯数罪时，将各罪的刑罚直接相加。由于人们认为对同一客体反复实施犯罪，若也以该原则科以刑罚的话，未免失之过苛，殊不合理。因此，为了克服这种缺陷，创造了连续犯的概念。^①有关连续犯的立法首见于1813年由费尔巴哈起草的《巴伐利亚刑法典》，其第110条规定：“对同一客体或同一人实行数次犯罪，连续该数次行为，认为单一事实，但量刑应予加重。”^②然而，该规定却未被1871年德国统一刑法典继承，其仅在第74条（一）中规定，“对于数个独立行为，犯数个之重罪或轻罪，因而应受数个有期之自由刑者，得宣告加重其最重行为内容之并合刑。”^③由于该条未明文规定连续犯，当时的学者中有否认连续犯的观点，但通说仍从“数个独立行为”一语寻求连续犯的根据。然而，德国1969年刑法改革第二法案极其现行法（1975年公布实行）第53条删除了“独立”这一用语，理由是“连续关系尚未发展出明确且可信之界定标准，使其足以与实质竞合的适用范围，严格划分。同时，若要将连续关系纳入法律规定，除在文字修饰上，显有困难外，亦容易产生实务上扩张使用的危险；惟虽不将连续关系纳入法律的规定，却也不能因此完全否定连续关系存在的可能，故而将连续关系的类型适用范围，委交实务界就具体个案加以认定，而其理论发展，以及界定标准，则委请学界继续加以开拓。”^④因此，德国现行刑法已经没有连续犯的规定。但是，“德国刑法上虽然没有连续犯的规定，但是判例与刑法学说对于连续行为仍然持肯定态度。”^⑤

^①陈朴生.刑法专题研究[M].台北：三民书局，1988.512.

^②高仰止.刑法总则之理论与实用[M].台北.五南图书出版社，1986.356.

^③陈朴生.刑法专题研究[M].台北：三民书局，1988.512.

^④Vgl.deutscher bundestag -4.wahlperiode,in:Drucksache IV/650,S.191 转引自柯耀程.变动中的刑法思想[M].北京:中国政法大学出版社，2003.294.

^⑤林山田.刑法改革与刑事立法政策——兼评二〇〇二年刑法部分条文修正草案[J].月旦法学杂志，2003,(1):19.

日本 1880 年颁布的旧刑法，本无连续犯的规定，受德国立法的影响，其在 1908 年颁布的刑法第 55 条明文规定了连续犯，“连续数个行为触犯同一罪名的，作为一罪处断之。”^①日本早期的判例认为，连续犯的成立必须以连续侵犯单一法益为要件。随后，实践开始不断扩张，将触犯同一罪名解释为，不仅包括同一名称的罪名，而且包括在刑法典同一章所规定的虽然名称相异但罪质相同的犯罪。例如，连续实施盗窃罪与强盗罪，也被认定为连续犯，这导致在诉讼法上产生一系列的弊端。于是 1947 年修订的刑法中删除了连续犯的规定，其理由是主要基于两点：

第一，日本现行刑事诉讼法废止了旧法第 486 条对被告不利的再审制度，导致与连续犯的既判力产生冲突。例如，对被告人所实施的几个较轻的盗窃罪科以刑罚后，又发现被告人在此期间还犯有较重的强盗罪，由于日本宪法第 39 条禁止双重处罚，于是不能对较重的强盗罪定罪量刑。可是，由于战后的犯罪比较猖獗，如此轻纵犯罪不利于抑制犯罪。

第二，日本战后修改刑事诉讼法，对警察机关的搜查权进行了限制，警察机关难以在短的时间内发现连续犯的全部犯罪事实，从而一次性提起诉讼，前述不适当现象更为突出。为了避免这种现象，便删除了刑法第 55 条的规定。^②但是，日本刑法删除了连续犯的规定后，并不意味着原来的连续犯均应予以数罪并罚。其为一罪或数罪，仍有待学说、判例之解答。^③而且，“刑法理论仍然认为，在一定范围内承认连续犯是必要的。”^④事实上，日本审判实践上也在一定范围内承认连续犯。^⑤

除德国、日本外，意大利现行刑法第 81 条第二款对连续犯也作了明文规定：“基于同一犯罪意图的数个作为或不作为，即使在不同时间，实施多次触犯同一规定或不同规定的人，”是“连续犯”，对连续犯应按形式的犯罪竞合处罚，即按“数罪中最重之刑加重 1/3”处罚。^⑥该条文关于连续犯规定的一个明显的特点就

^①庄劲.犯罪竞合——罪数分析的结构与体系[M].北京:法律出版社,2006.262.

^②张明楷.刑法格言的展开[M].北京:法律出版社,1999.314.

^③陈朴生.刑法专题研究[M].台北:三民书局,1988.512.

^④大冢仁.刑法概说(总论).有斐阁,1992.433.转引自张明楷.刑法格言的展开[M].北京:法律出版社,1999.315.

^⑤张明楷.刑法格言的展开[M].北京:法律出版社,1999.315.

^⑥[意]杜.帕多瓦尼.意大利刑法学原理[M].陈忠林译,北京:法律出版社,1998.421.

是强调主观要件，客观上即使实施性质不同的犯罪，只要具备“同一犯罪意图”，就可构成连续犯，这显然与德、日刑法中的连续犯有别。属于大陆法系的法国刑法也未规定连续犯的定义，但其学说与判例则承认连续犯的存在。^①英美刑法中则不承认连续犯的概念。

第二节 连续犯的国内立法考察

我国本来没有“连续犯”的概念，该概念是清末民初时从日本传入，其见之于立法始于由日本法学家冈田朝太郎帮助起草的《大清新刑律》（1912年1月25日正式颁布），后来的《暂行新刑律》（1912年3月颁布）沿袭了《大清新刑律》中有关连续犯的规定，其中第28条规定：“凡连续犯罪者，以一罪论，”此一规定，采取的是纯粹的主观说，只要基于一个概括犯意而为数个行为，皆为连续犯，不问所触犯的罪名是否相同，故连续犯的范围极为广泛。1928年，南京国民政府公布了《中华民国刑法》（史称旧刑法），同年9月1日施行。该法因暂行新刑律有关连续犯的规定失之过宽，不足以遏制犯罪，对连续犯进行了限制：“连续行为而犯同一罪名者，以一罪论。”行为人除了基于一个概括犯意外，尚须触犯同一罪名，才能成立连续犯。这一时期通说认为，连续犯必须以侵犯同一法益为要件，如老遇春认为“连续犯者，须数个同一之犯罪行为，基于同一故意，侵害同一法益，连续触犯同一罪名，是也……若法益不同，纵有连续意思，亦不能以连续犯论。”^②1935年1月1日，国民政府颁布了刑法典（史称新刑法，我国台湾地区至今仍在沿用），进一步明确了连续犯的处罚，其第56条规定：“连续数行为而犯同一罪名者，以一罪论，但得加重其刑至二分之一。”这一时期连续犯的立法与理论，对“同一罪名”的理解，经历了“同质说”到“构成犯罪要件相同说”这样一个从扩张到限缩的过程。但2005年2月2日，我国台湾地区通过的修订“刑法”草案（2006年7月1日实施）删除了“刑法”第56条有关连续犯的规定。其修正理由如下：

“（一）按连续犯在本质上究为一罪或数罪，学说上迭有争议，一般均认为

^①高仰止.刑法总则之理论与实用[M].台北:五南图书出版社,1986.356.

^②老遇春.刑法释义[M].天津:百城书局,1935.139.

连续犯在本质上应属数罪，仅系基于诉讼经济或责任吸收原则之考量，而论以一罪，故刑法承认连续犯犯之概念，并规定得加重其刑至二分之一。然我国刑法规定连续犯以来，实务上之见解对于刑法第五十六条「同一罪名」之认定过宽，所谓「概括犯意」，经常连绵数年之久，且在采证上多趋于宽松，每每在起诉之后，最后事实审判决之前对犯同一罪名之罪者，均适用连续犯之规定论处，不无鼓励犯罪之嫌，亦使国家刑法权之行使发生不合理之现象。因此，基于连续犯原为数罪之本质及刑罚公平原则之考量，乃将刑法第五十六条有关连续犯之规定删除。

（二）从立法例而言，连续犯系大陆法系之产物，英美刑法并不承认连续犯之概念，德国刑法自一八七一年以后、日本自昭和二十二年（民国三十六年）以后，均将连续犯之规定予删除，其余大陆法系国家如瑞士、奥地利、法国等均无连续犯之明文，惟在事务上则视具体情形，或认系一罪，或认系数罪并罚。故有必要参考上开外国立法例，删除有关连续犯之规定。”

至于连续犯废除以后，该如何处理，其立法理由中也提出了建议：“至连续犯犯之规定废除后，对于部分习惯犯，例如盗窃、吸毒等犯罪，是否会因适用数罪并罚而使刑罚过重产生不合理之现象一节，应逐一检讨各习惯犯之规定，再决定其性质系数罪或一罪，在实务运用上亦可参考德、日等国之经验，以学说及判例补充解释之方式，对于合乎‘接续犯’或‘包括的一罪’之情形，认为构成单一之犯罪，以限缩数罪并罚之范围，用以解决上述问题。”^①

我国大陆地区刑法一直没有连续犯的明文规定，只是在现行刑法第 89 条规定：“犯罪行为有连续或继续状态的，从犯罪行为终了之日起算”，由于其中有“连续”二字的表述，据此，学界通说认为我国刑法立法中是承认连续犯的。实务界对连续犯也是持肯定态度。

^①台一国际专利法律事务所. 中华民国刑法修正之简介.
<http://www.taie.com.tw/Big5/publication.asp?ID=744&page=7> 2007-09-04.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库